

Sprawa C-545/21**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

31 sierpnia 2021 r.

Sąd odsyłający:

Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Włochy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

4 sierpnia 2021 r.

Strona skarżąca:

Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS)

Strona przeciwna:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Przedmiot postępowania głównego

Wniesiona przez Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS) (zwaną dalej „spółką ANAS”) skarga o uchylenie nakazu odzyskania wydanego przez Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (włoskie ministerstwo infrastruktury i transportu, zwane dalej „MIT”) zobowiązującego spółkę ANAS do zwrotu nienależnie uzyskanych przez nią kwot, jak również innych aktów, do których pytania prejudycjalne bezpośrednio się nie odnoszą.

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Artykuł 267 TFUE; wykładnia rozporządzeń: (WE) nr 1083/2006, (WE) nr 1828/2006, (WE, Euratom) nr 2988/95, Konwencji sporządzonej na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 1995 r. [Aktu Rady z dnia 26 lipca 1995 r. ustalającego Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich (95/C 316/03)] (zwanej dalej „konwencją o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich) oraz

dyrektywy (UE) 2017/1371 w celu ustalenia, czy pojęcia „nieprawidłowości” i „nadużycia finansowego” obejmują zachowania teoretycznie mogące sprzyjać jednemu z uczestników procedury przetargowej, nawet w przypadku braku wystarczającego środka dowodowego na popełnienie takiego czynu i jego wpływu na wybór zwycięskiego oferenta (pytanie pierwsze); zgodność art. 38 ust. 1 lit. f) dekretu ustawodawczego nr 163/2006 z art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/187/WE (pytanie drugie); wykładnia ww. przepisów Unii Europejskiej w odniesieniu do cofnięcia pomocy przyznanej przez państwo członkowskie, jeżeli pomoc ta została wykorzystana zgodnie z przeznaczeniem i na projekt kwalifikujący się do finansowania przez UE i rzeczywiście zrealizowany (pytania trzecie i czwarte).

Pytania prejudycjalne

1) Czy art. 70 ust. 1 lit. b) rozporządzenia (WE) nr 1083/2006, art. 27 lit. c) rozporządzenia (WE) nr 1828/2006, art. 1 konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, o której mowa w akcie Rady z dnia 26 lipca 1995 r., art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 2988/95 i art. 3 ust. 2 lit. b) dyrektywy UE/2017/1371, należy interpretować w ten sposób, że zachowanie, które teoretycznie może sprzyjać wykonawcy, w toku procedury udzielania zamówień publicznych, zawsze wchodzi w zakres pojęcia „nieprawidłowości” lub „nadużycia finansowego” i stanowi w związku z tym podstawę prawną do cofnięcia pomocy, nawet jeśli nie ma wystarczającego dowodu, że takie zachowanie rzeczywiście miało miejsce, lub nie ma wystarczającego dowodu, że było ono czynnikiem decydującym przy wyborze beneficjenta?

2) Czy art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE stoi na przeszkodzie uregulowaniu, takiemu jak art. 38 ust. 1 lit. f) dekretu ustawodawczego nr 163/2006, które nie zezwala na wykluczenie z przetargu wykonawcy, który usiłował wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, w szczególności, gdy próba ta polegała na korupcji niektórych członków komisji przetargowej?

3) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na jedno lub oba z powyższych pytań sąd odsyłający zastanawia się, czy powołane przepisy należy interpretować w ten sposób, że zawsze zobowiązują państwo członkowskie do cofnięcia pomocy, a Komisję do dokonania korekty finansowej w wysokości 100%, nawet jeśli pomoc została jednak wykorzystana zgodnie z przeznaczeniem i na projekt kwalifikujący się do finansowania europejskiego oraz rzeczywiście zrealizowany?

4) W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie trzecie, czyli w ten sposób, że nie ma obowiązku cofnięcia pomocy lub dokonania korekty finansowej w wysokości 100%, sąd odsyłający zastanawia się, czy przepisy, o których mowa w pytaniu pierwszym oraz przestrzeganie zasady proporcjonalności umożliwiają nakazanie cofnięcia pomocy i dokonania korekty finansowej przy uwzględnieniu rzeczywistych szkód gospodarczych wyrządzonych w budżecie ogólnym Unii

Europejskiej: w szczególności tutaj sąd zastanawia się, czy w sytuacji takiej jak będąca przedmiotem niniejszego postępowania, „skutki finansowe” w rozumieniu art. 98 ust. 3 rozporządzenia UE nr 1083/2006 mogą być ustalane w sposób ryczałtowy, poprzez zastosowanie kryteriów określonych w tabeli w ust. 2 decyzji Komisji nr 9527 z dnia 19 grudnia 2013 r.?

Istotne przepisy prawa Unii

Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, o której mowa w akcie Rady z dnia 26 lipca 1995 r. ustalającym Konwencję o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, w szczególności jej art. 1;

Rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 2988/95 z dnia 18 grudnia 1995 r. w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich, w szczególności art. 1 ust. 2;

Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, w szczególności art. 45 ust. 2 lit. d);

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, w szczególności art. 70 ust. 1 lit. b);

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiające szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, w szczególności art. 27 lit. c);

Pismo Komisji COCOF 07/0037/03-EN z dnia 29 listopada 2007 r. ustanawiająca wytyczne dotyczące określania korekt finansowych dla wydatków współfinansowanych z funduszy strukturalnych oraz Funduszu Spójności w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych;

Decyzja Komisji C(2013) 9527 final w sprawie określenia i zatwierdzenia wytycznych dotyczących określania korekt finansowych dokonywanych przez Komisję w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w ramach zarządzania dzielonego, w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych;

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1371 z dnia 5 lipca 2017 r. w sprawie zwalczania za pośrednictwem prawa karnego nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii, w szczególności art. 3 ust. 2 lit. b);

Powołane przepisy prawa krajowego i orzecznictwo krajowe

Dekret ustawodawczy nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r., kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w ramach wdrażania dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, uchylony w związku z wejściem w życie dekretu ustawodawczego nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r., (kodeks zamówień publicznych), mający zastosowanie do przedmiotowej procedury przetargowej, ponieważ została ogłoszona w 2012 r., w szczególności:

Artykuł 38 ust. 1, w wersji obowiązującej w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych, stanowił że:

„1. Następujące podmioty są wykluczone z udziału w postępowaniach o udzielenie koncesji i zamówień na roboty budowlane, zamówienia i usługi oraz nie mogą być podwykonawcami ani zawierać związanych z tym umów:

(...)

c) wobec których został wydany prawomocny wyrok skazujący lub nakaz karny skazujący, który stał się ostateczny, lub wyrok egzekucyjny na wniosek stron, na podstawie art. 444 kodeksu postępowania karnego, za poważne przestępstwo na szkodę państwa lub Wspólnoty oddziałujące na etykę zawodową; wykluczenie następuje również w wypadku skazania prawomocnym wyrokiem za jedno lub więcej przestępstw udziału w organizacji przestępczej, korupcję, oszustwa, pranie brudnych pieniędzy, określonych w aktach wspólnotowych wymienionych w art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE;

(...)

f) które, w uzasadnionej ocenie instytucji zamawiającej, dopuściły się rażącego zaniedbania lub działały w złej wierze przy wykonywaniu usług powierzonych im przez instytucję zamawiającą, która opublikowała ogłoszenie o zamówieniu; lub które dopuściły się poważnego wykroczenia zawodowego udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą”.

Ustawa nr 300 z dnia 29 września 2000 r. – Ratyfikacja i wdrożenie następujących aktów międzynarodowych sporządzonych na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej: Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, sporządzona w Brukseli w dniu 26 lipca 1995 r. [i inne akty międzynarodowe dotyczące zwalczania korupcji].

W krajowym orzecznictwie stwierdzono, że samo prowadzenie postępowania karnego przeciwko przedstawicielom przedsiębiorstwa biorącym udział w przetargu nie stanowi „poważnego wykroczenia zawodowego”, które mogłoby prowadzić do wykluczenia z przetargu w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. f) dekretu ustawodawczego nr 163/2006.

Zwięzłe przedstawienie okoliczności faktycznych i postępowania

- 1 Decyzją C(2007) 6318 z dnia 7 grudnia 2007 r. Komisja Europejska zatwierdziła Programma Operativo Nazionale reti e mobilità 2007–2013 (Krajowy program operacyjny na rzecz sieci i mobilności 2007–2013) (zwany dalej „KPO”). Spółka ANAS kwalifikowała się do finansowania w ramach tego programu w odniesieniu do kosztów poniesionych w związku z robotami budowlanymi prowadzonymi na drodze krajowej nr 96 (zwanej dalej „S.S. 96”). Kwota finansowania wynosi 29 995 508,22 EUR, z czego 22 496 631,17 EUR stanowi udział UE (EFRR), a 7 498 877,06 EUR stanowi udział krajowy. W odniesieniu do tego finansowania, które zostało już częściowo wypłacone na rzecz spółki ANAS, ministerstwo infrastruktury i transportu (zwane dalej „MIT”) pełni rolę instytucji zarządzającej.
- 2 W celu wykonania robót budowlanych na S.S. 96 spółka ANAS opublikowała ogłoszenie o w 2012 r. o postępowaniu o udzielenie zamówienia które to zamówienie w tym samym roku zostało udzielone tymczasowemu konsorcjum przedsiębiorstw, w którego skład wchodzi spółka Aleandri S.A. (zwana dalej „RTI Aleandri”).
- 3 Aktem zaskarżonym w niniejszej skardze (zwanym dalej „zaskarżonym aktem”) MIT podjął decyzję o niewypłacaniu spółce ANAS pozostałej części finansowania dotyczącego S.S. 96 i o odzyskaniu 100% kwoty już wypłaconej tej spółce, na tej podstawie, że udzielenie zamówienia publicznego było dotknięte nieprawidłowościami o charakterze nadużyć finansowych w rozumieniu, między innymi, art. 2 ust. 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006 oraz art. 4 i 5 rozporządzenia (WE, Euratom) nr 2988/95. Nieprawidłowości te wynikały z dochodzeń, które doprowadziły do wniesienia aktu oskarżenia wobec trzech urzędników spółki ANAS oskarżonych o korupcję w związku z przyjęciem kwot pieniężnych od Aleandri S.A. w celu bezprawnego utrudnienia omawianej procedury przetargowej. Następnie dwaj z wyżej wymienionych urzędników dobrowolnie poddali się karze, która została wobec nich orzeczona w wyroku sędziego do spraw postępowania przygotowawczego sądu w Rzymie z dnia 28 listopada 2018 r. W związku z tymi samymi czynami wszczęte zostało jeszcze postępowanie karne zarówno przeciwko przedstawicielowi prawnemu Aleandri S.A., jak i samej Aleandri S.A., która została pociągnięta do odpowiedzialności za wykroczenie administracyjne ze względu na to, że nie ustanowiła modeli organizacyjnych i zarządczych mogących zapobiec tym przestępstwom. W szczególności z dochodzenia wynika, że jeden z urzędników spółki ANAS, przeciwko którym wniesiono akt oskarżenia, zachęcał swoich kolegów, którzy byli członkami komisji przetargowej do sprzyjania RTI Aleandri; nie udowodniono jednak, że ci członkowie komisji rzeczywiście mieli wpływ na udzielanie zamówień publicznych lub że inni wykonawcy wygraliby przetarg, gdyby nie doszło do wyżej wymienionych aktów korupcji.
- 4 Spółka ANAS zakwestionowała decyzję MIT i wniosła o jej uchylenie do regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, sądu odsyłającego.

- 5 MIT przystąpił do sprawy w charakterze interwenienta, wnosząc o oddalenie skargi.

Zasadnicze argumenty stron w postępowaniu głównym

- 6 W ramach zarzutu pierwszego spółka ANAS powołuje się na naruszenie i błędne zastosowanie art. 1 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 2988/95, art. 1 konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 1995 r. i art. 27 lit. c) rozporządzenia (WE) nr 1828/2006, a także na nadużycie władzy ze względu na brak uzasadnienia i brak przeprowadzenia dochodzenia. W tym względzie strona skarżąca podnosi co następuje:
- a) po pierwsze, żaden wyrok skazujący nie dotyczył skarżącej jako takiej i nie ma dowodów na to, że RTI Aleandri zawarła umowę w sprawie omawianego zamówienia publicznego niezgodnego z prawem. Ponieważ nie dokonano żadnych nienależnych wydatków z ogólnego budżetu Unii Europejskiej, nie wystąpiły żadne szkody;
 - b) po drugie, w niniejszej sprawie nie można mówić o nadużyciu finansowym, ponieważ ani art. 1 konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, ani rozporządzenie (WE) nr 2988/95 nie określają warunków koniecznych do uznania istnienia nieprawidłowości lub nadużycia finansowego. W istocie to w dyrektywie (UE) 2017/1371 po raz pierwszy zakwalifikowano nadużycie finansowe popełnione w odniesieniu do wydatków na potrzeby zamówień publicznych jako „nadużycia na szkodę interesów (...) Unii”;
 - c) po trzecie, w zaskarżonym akcie MIT błędnie powołał się na decyzję Komisji C(2013) 9527, podczas gdy w niniejszej sprawie zastosowanie miały wytyczne zawarte w piśmie Komisji COCOF 07/0037/03-IT. Ponadto strona przeciwna zastosowała 100% korektę finansową automatycznie, bez przeprowadzania oceny konkretnego przypadku.
- 7 W ramach zarzutu drugiego spółka ANAS podnosi, że MIT oparł zaskarżony akt na „wyroku stwierdzającym dobrowolne poddanie się karze”, który nie odpowiada wyrokowi skazującemu i nie może być stosowany w postępowaniu cywilnym lub administracyjnym.
- 8 W ramach zarzutu trzeciego spółka ANAS podnosi naruszenie art. 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006, art. 98 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006 i art. 135 rozporządzenia (UE, Euratom) nr 966/2012, a także naruszenie zasady proporcjonalności i nadużycie władzy ze względu na brak przeprowadzenia dochodzenia, ponieważ z zaskarżonego aktu nie wynika, że w związku z omawianą sprawą wystąpiła jakakolwiek szkoda dla budżetu Unii Europejskiej. W szczególności infrastruktura, na którą miały wpływ finansowane roboty budowlane została ukończona i nadaje się do użytku, a prawidłowość wykonanych robót budowlanych nie została zakwestionowana. Ponadto zasoby

Unii Europejskiej zostały wykorzystane zgodnie z ich przeznaczeniem, podczas gdy nie ma dowodów na nieuzasadnione wydatki z ogólnego budżetu Unii Europejskiej. Skarżąca utrzymuje, że MIT, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, mógł przynajmniej zastosować mniejszą kwotę korekty finansowej ujętą w zaskarżonym akcie, zgodnie z wytycznymi Komisji w sprawie korekt finansowych.

Zwięzłe uzasadnienie odesłania prejudycjalnego

- 9 Sąd odsyłający zauważa, że środki dowodowe, którymi dysponuje nie pozwalają mu na stwierdzenie z całą pewnością, że sporne zamówienie zostało udzielone RTI Aleandri z naruszeniem prawa; natomiast, częściowo udowodniono, że Aleandri S.A. dopuścił się zachowania mającego na celu wpłynięcie na wynik procedury przetargowej. Sąd zwrócił jednak uwagę, że rozpatrywany przetarg, ponieważ został ogłoszony w 2012 r., jest regulowany przepisami uchylonego obecnie dekretu ustawodawczego nr 163/2006, w którym wyraźnie nie przewidziano wykluczenia wykonawcy próbującego wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, podczas gdy wykluczenie takie jest wyraźnie przewidziane w art. 57 ust. 4 lit. i) obowiązującej dyrektywy 2014/24/UE. W związku z tym zachowanie przedstawiciela prawnego Aleandri S.A. nie może prowadzić do bezprawności udzielania rozpatrywanego zamówienia publicznego.
- 10 Zdaniem sądu odsyłającego Trybunał Sprawiedliwości powinien wyjaśnić, czy w przypadku takim jak w niniejszej skardze można stwierdzić istnienie „nieprawidłowości” w postaci „nadużycia finansowego” w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 2006/1083, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej na to pytanie, czy można zastosować korektę finansową w wysokości 100%. Ten sam sąd nie stwierdza w tym przypadku szkody dla budżetu ogólnego Unii, ponieważ finansowanie zostało wykorzystane zgodnie z jego przeznaczeniem. W rzeczywistości rozpatrywany projekt został ujęty w KPO 2007–2013, został bezspornie dopuszczony do finansowania z budżetu UE i został prawidłowo zrealizowany. Zdaniem sądu odsyłającego brak jest wystarczających dowodów, aby stwierdzić, że procedura przetargowa została zakłócona, po pierwsze dlatego, że wyrok wydany przeciwko urzędnikom spółki ANAS w ramach procedury dobrowolnego poddania się karze nie pozwala na ustalenie odpowiedzialności przedstawiciela prawnego Aleandri S.A., a po drugie dlatego, że przeciwko przedstawicielowi prawnemu toczy się jeszcze postępowanie karne w tych sprawach i może on również zostać uniewinniony. Zdaniem sądu odsyłającego, nawet gdyby istniały dowody mogące wykazać, że przedstawiciel prawny Aleandri S.A. przekupił niektórych urzędników spółki ANAS w celu uzyskania zamówienia publicznego, nie byłoby możliwe wykluczenie wykonawcy, który usiłował wpłynąć na wynik przetargu, ponieważ art. 38 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, mający zastosowanie w rozpatrywanej procedurze przetargowej, nie przewiduje takiego przypadku wykluczenia.

- 11 Sąd odsyłający ma wątpliwości, czy przepisy krajowe mające zastosowanie w niniejszej sprawie są zgodne z dyrektywą 2004/18/WE, która obowiązywała w czasie właściwym dla okoliczności faktycznych sprawy, jeżeli art. 45 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy jest interpretowany w ten sposób, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje w sposób dorozumiany również zachowanie mające na celu wywarcie wpływu na udzielenie zamówienia publicznego. Ten sam sąd ma jednak wątpliwości, czy taka interpretacja jest prawidłowa, skoro w art. 57 ust. 4 lit. i) dyrektywy 2014/24/UE wyraźnie wskazano wśród podstaw wykluczenia konkurentów zachowania mające na celu wywarcie wpływu na procedurę przetargową. Ponadto wyżej wymieniony konkretny przepis art. 57 ust. 4 lit. i) może być wyłącznie potwierdzeniem zasady, która była już w sposób dorozumiany stosowana w przepisach dotyczących zamówień publicznych, gdy dyrektywa 2004/18/WE jeszcze obowiązywała.
- 12 Sąd odsyłający uważa również, że nie wykazano istnienia szkody dla budżetu Unii, która mogłaby wystąpić, gdyby oferta złożona przez wykonawcę, który wygrał przetarg, czyli RTI Aleandri, nie była najkorzystniejsza pod względem relacji jakości do ceny.
- 13 Zdaniem tego sądu pojęcia „nieprawidłowości” i „nadużycia finansowego” wynikające z przepisów Unii Europejskiej zakładają, że stwierdzono istnienie co najmniej potencjalnej szkody dla budżetu Unii Europejskiej, polegającej na przyznaniu nienależnych wydatków z tego budżetu lub na wykorzystaniu środków finansowych do celów innych niż te, na które zostały przyznane. W tym względzie sąd odsyłający powołuje się na decyzję Komisji nr 9527 z dnia 19 grudnia 2013 r., która przewiduje możliwość zastosowania korekty finansowej w wysokości 100% w przypadkach nieprawidłowości popełnionych w celu uprzywilejowania niektórych uczestników przetargu: ten sam sąd uważa, że decyzja ta obejmuje również wśród wspomnianych nieprawidłowości te przypadki, w których środki finansowe Unii Europejskiej zostały wykorzystane zgodnie z ich przeznaczeniem, lecz zostały przyznane osobie, która nie była uprawniona do ich otrzymania, ponieważ, na przykład, nie kwalifikowała się do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- 14 Sąd odsyłający ma wątpliwości czy pojęcie nieprawidłowości zawarte w decyzji Komisji nr 9527 z dnia 19 grudnia 2013 r. jest w pełni zgodne z prawem Unii Europejskiej z następujących powodów:
 - a) po pierwsze, odpowiednie przepisy nie odnoszą się wyraźnie do przypadku, w którym środki są przyznawane podmiotowi, który nie jest uprawniony do ich otrzymania.
 - b) Po drugie, sąd odsyłający zakłada, że nieprawidłowości, w tym nadużycia finansowe, zakładają wypłatę z ogólnego budżetu Unii Europejskiej wydatków, które nie zostałyby poniesione, gdyby nie popełniono tych nieprawidłowości; gdyby to założenie okazało się słuszne, korekta

- finansowa w wysokości 100% nałożona na kwalifikowany i należycie zrealizowany projekt nie byłaby uzasadniona.
- c) Po trzecie, art. 98 i 99 rozporządzenia (WE) 1083/2006 stanowią, że Komisja, określając zakres korekt finansowych, bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości, a także inne czynniki, natomiast rozporządzenie (WE) 1303/2013 stanowi, że korekty dokonuje się zgodnie z zasadą proporcjonalności. Sąd odsyłający zastanawia się, czy z wyżej wymienionych przepisów można wywnioskować zasadę, zgodnie z którą korekta finansowa ma na celu naprawienie rzeczywistej szkody, tak aby w przypadku nieprawidłowości polegających na niesłusznym sprzyjaniu wykonawcy kwota finansowania podlegająca zwrotowi odpowiadała szkodzie rzeczywiście poniesionej przez Unię Europejską. Zasada ta znajduje również odzwierciedlenie w wyżej wymienionej decyzji nr 9527 z dnia 19 grudnia 2013 r., która przewiduje maksymalną stawkę korekty w wysokości 25% w przypadku niezgodności z kryteriami udzielenia zamówienia publicznego określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu.
- d) Po czwarte, w zakresie, w jakim decyzja nr 9527 z dnia 19 grudnia 2013 r. pozwala na zastosowanie korekty w wysokości 100% w przypadku zachowań mających na celu sprzyjanie wykonawcy, nawet przy braku środka dowodowego, że zachowania te rzeczywiście miały miejsce i że wykonawca rzeczywiście uzyskał korzyść, oznacza to, że środek polegający na cofnięciu finansowania odgrywa rolę sankcji, co jest jednak sprzeczne z rozporządzeniem (WE) nr 2988/1995, które ustanawia wyraźne rozróżnienie między cofnięciem finansowania a sankcjami nakładanymi na osoby odpowiedzialne za nadużycia.
- 15 Sąd odsyłający podnosi, że zadane pytania są istotne dla celów rozstrzygnięcia, ponieważ służą ustaleniu, czy pojęcia nieprawidłowości i nadużycia finansowego obejmują również sytuacje, w których nie ma wystarczającego środka dowodowego na to, że zachowanie, które doprowadziło do udzielenia pomocy osobie nieuprawnionej do jej otrzymania faktycznie miało miejsce (pytanie pierwsze). Ponadto do celów wydania orzeczenia należy wyjaśnić, czy zachowanie przedstawiciela prawnego Aleandri S.A., któremu zarzuca się przekupienie niektórych urzędników spółki ANAS, może samo w sobie stanowić podstawę do stwierdzenia niezgodności z prawem udzielenia omawianego zamówienia publicznego (pytanie drugie). Pytania pierwsze i drugie odnoszą się do argumentów spółki ANAS, która kwestionuje, że zamówienie zostało udzielone RTI Aleandri niezgodnie z prawem. Celem pytania trzeciego jest ustalenie, czy można uznać, że szkoda dla budżetu Unii Europejskiej istnieje również w odniesieniu do kwalifikowanego projektu, ujętego w KPO i prawidłowo zrealizowanego, a w przypadku uznania, że taka szkoda istnieje, czy należy koniecznie nakazać cofnięcie finansowania w 100%. Odpowiedź przecząca na pytanie trzecie oznaczałaby, że skarga wniesiona przez spółkę ANAS zostałaby uwzględniona. Pytanie czwarte dotyczy argumentu spółki ANAS, że MIT mógł i powinien był zastosować stopę korekty niższą niż 100% w odniesieniu do

wycofania finansowania. Twierdząca odpowiedź na pytanie czwarte oznaczałaby uwzględnienie skargi wniesionej przez spółkę ANAS.

DOKUMENT ROBOCZY